

LEY APLICABLE A LAS ACCIONES CONCURSALES DE
REINTEGRACIÓN (COMENTARIO A LA STJUE DE 8 DE JUNIO
DE 2017, VINYLs ITALIA)

APPLICABLE LAW TO REINTEGRATION ACTIONS
IN INSOLVENCY PROCEEDINGS (COMMENTARY TO CJUE
JUDGMENT 8 JUNE 2017, VINYLs ITALIA)

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Oviedo*

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 04.02.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4645>

Resumen: en el Asunto *Vinyls Italia*, el TJUE recuerda que la ley rectora del concurso no es base suficiente para revocar un contrato perjudicial para el conjunto de los acreedores, si el contratante prueba que la ley rectora de tal contrato no permite su impugnación. Entre los aciertos de la Sentencia, destaca que esta excepción no debe amparar prácticas fraudulentas, además de que su tramitación procesal debe hacerse conforme a la *lex fori*. No obstante, la Sentencia presenta serias dudas al obviar que la determinación de la ley rectora del contrato, y su carácter internacional, deben hacerse por el Reglamento Roma I y no por el Reglamento europeo de insolvencia. También es dudosa la remisión a la *lex fori* para la posible aplicación de oficio de esta excepción; más bien debería jugar a instancia de parte de acuerdo con una interpretación literal y finalista del Reglamento europeo de insolvencia.

Palabras clave: acciones concursales de reintegración, ley aplicable, ley rectora del concurso, ley rectora del contrato, tramitación procesal

Abstract: in *Vinyls Italy Case*, the CJEU reminds that the law governing the insolvency proceeding is not a sufficient basis to revoke a contract detrimental to all creditors, if the contracting party provides proof that the law governing that contract does not allow its revocation. One of the hits of the Judgment is that this defense should not cover fraudulent practices, as well as procedural aspects shall be governed by *lex fori*. However, the Judgment presents serious doubts when it obviates that the determination of the law governing the contract, and its international consideration, shall be made by the Rome I Regulation and not by the European Insolvency Regulation. The reference to the *lex fori* is also doubtful in relation with the possible *ex officio* application of this defense; rather, that defense should play at the request of a party according to a literal and final interpretation of the European Insolvency Regulation.

Keywords: reintegration actions, applicable law, law governing insolvency proceedings, law governing the contract, procedure

*Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIO-VI-IDI/2018/000187). El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

Sumario: I. Introducción. 1. Presentación del caso. 2. Contexto. II. La inmunidad del pago controvertido. 1. Un falso dilema: Reglamento europeo de insolvencia versus Reglamento “Roma I”. A) Tesis del Tribunal en contra del Reglamento “Roma I”. B) Antítesis a favor del Reglamento “Roma I”. 2. Una construcción más acertada: la alteración fraudulenta de la ley aplicable. A) Supliendo el silencio normativo. B) Proyección práctica de la construcción. III. Tramitación procesal de la inmunidad del pago controvertido. 1. Un principio desenfocado: la tramitación conforme a la ley del foro. A) Aspectos positivos. B) Algunas sombras. 2. Unas excepciones necesarias pero insuficientes. A) Excepciones procesales a favor de la ley del contrato. B) Excepciones procesales por el Derecho de la UE. IV. Valoración.

I. Introducción

1. Presentación del caso

1. La Sentencia del Tribunal de 8 de junio de 2017¹ aborda la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales. En el caso, cuando la sociedad *Vinyls* se somete a un procedimiento de insolvencia en Italia, Estado donde estaba su domicilio y centro de intereses, su administrador concursal solicita la revocación de dos pagos por valor de casi 450.000 euros que esta sociedad había efectuado a favor de la sociedad *Mediterranea*, también con domicilio en Italia. Dicho administrador entiende que estos pagos se efectuaron cuando ya era notoria la insolvencia del deudor y que, conforme al Derecho italiano rector del concurso, podían ser revocados². Sostiene que, conforme al artículo 4 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 (nuevo artículo 7)³, la ley del Estado miembro de apertura del concurso determina “*las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de acreedores*”⁴.

Estos pagos controvertidos se justificaban en un contrato de fletamento marítimo con buques de bandera italiana, para el que las partes habían elegido el Derecho inglés y se habían sometido a un arbitraje de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres, además de haber redactado el contrato en inglés. De hecho, la defensa de *Mediterranea* como beneficiaria del pago se basa en que, conforme al Derecho inglés rector del contrato, no es posible revocar dichos pagos. Y sostiene que este Derecho es el aplicable en virtud del artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16), que dispone que no se aplica la ley rectora del concurso si el beneficiario del acto perjudicial para los acreedores prueba que dicho acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro, en este caso, el Reino Unido (pre-Brexit)⁵, y que esta ley no permite en ningún caso su impugnación. Se podría afirmar que la ley rectora del contrato inmuniza el acto, que deja de ser revocable por la ley rectora del concurso⁶.

¹ C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433.

² Artículo 67, apartado 2 de la *Legge fallimentare* (Ley concursal), aprobada mediante el decreto n. 267 de 16 de marzo de 1942. Este dispone que los pagos de deudas líquidas y exigibles, los actos a título oneroso y los constitutivos de un derecho de preferencia de pago de deudas, incluso de terceros, son revocables si se han llevado a cabo dentro de los seis meses anteriores a la declaración de concurso. El síndico debe demostrar que la otra parte conocía el estado de insolvencia del deudor.

³ El instrumento analizado en la Sentencia es el Reglamento (CE) nº 1346/2000, ya sustituido por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), *DOUE*, nº L 141, 5.6.2015. Aunque la numeración es distinta, el contenido de ambos es similar en los aspectos tratados en la Sentencia.

⁴ Artículo 4.2.m) [nuevo artículo 7.2.m)].

⁵ *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable”, *La Ley UE*, nº 50, 2017, disponible en <https://eprints.ucm.es>, pp. 1-7, esp. p. 8, destacando cómo, en un escenario post-Brexit, la eventual aplicación de la ley inglesa ya no dependería del Reglamento europeo de insolvencia sino del Derecho estatal de cada Estado miembro.

⁶ En cualquier caso, debe tratarse de actos anteriores a la apertura del concurso, *cf.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 139; L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2005, p. 269; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, p. 621.

2. Contexto

2. Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene precisar algunas cuestiones previas para contextualizar el caso. Para empezar, la acción revocatoria concursal se plantea ante los tribunales italianos del Estado de apertura del concurso. Al tratarse de una cuestión basada en la legislación de insolvencia y vinculada al proceso concursal, estos tribunales son competentes y lo son a título exclusivo y excluyente de cualquier otro⁷. Ello tiene su relevancia en el caso porque toda remisión de la Sentencia a la ley del foro para la tramitación procesal va a ceñirse a la ley del Estado de apertura del concurso. Además, aunque no se plantee como cuestión prejudicial, no puede pasar desapercibido que la acción revocatoria se ejercita sobre unos pagos en el marco de un contrato para el cual se había pactado un arbitraje. El tribunal remitente no se plantea que estos aspectos puedan solventarse ante un órgano arbitral y no ante el juez del concurso, aunque este no había sido un aspecto pacífico en la doctrina⁸. En cualquier caso, cabe coincidir aquí con el tribunal remitente, ya que precisamente esa vinculación con el procedimiento concursal y ese fundamento en la legislación de insolvencia podrían hacer la materia no arbitrable desde la perspectiva del Derecho italiano.

3. El otro aspecto previo a tener en cuenta es que el contrato se celebró el 11 de marzo de 2008, por lo que era aplicable el Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma, el 19 de junio de 1980, y no el Reglamento “Roma I”⁹, que lo sustituyó con posterioridad. Puede parecer una cuestión menor dadas las similitudes en la materia enjuiciada, si no fuera porque el órgano jurisdiccional remitente, un tribunal de primera instancia, no era competente para plantear una cuestión prejudicial sobre el Convenio, y sí sobre el Reglamento europeo de insolvencia¹⁰. Para solventar este inconveniente, el Tribunal recurre a una solución adecuada. Considera pertinente la cuestión prejudicial en la medida en que se refiere directamente al artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16) y a su ámbito de aplicación, para el cual sí había competencia del órgano remitente para formular la citada cuestión. Solo indirectamente se hace alusión a los instrumentos a los que el artículo 13 del Reglamento remite¹¹.

II. La inmunidad del pago controvertido

1. Un falso dilema: Reglamento europeo de insolvencia *versus* Reglamento “Roma I”

A) Tesis del Tribunal en contra del Reglamento “Roma I”

4. Los pagos controvertidos que habían descapitalizado a la sociedad concursada están relacionados con un contrato de fletamento. La ley rectora del contrato determina, pues, la validez y eficacia de estos pagos.

En su apartado 46, el Tribunal concluye que la inmunidad del acto admitida en el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia debe jugar cuando ambas partes están establecidas en un mismo Estado y se elige la ley de otro Estado miembro. Para ello realiza una interpretación del Reglamento europeo de insolvencia a título de ley especial, encargado de determinar si el contrato es nacional o internacional para identificar la ley aplicable¹². Esta interpretación especial desplaza a la de-

⁷ STJUE de 14 de noviembre de 2018, *Wiemer*, C296/17, ECLI:EU:C:2018:902

⁸ *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje y concurso internacional*, Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2008, pp. 70 y ss.; M. PENADÉS FONS, *Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pp. 215 y ss.

⁹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177*, 4.7.2008.

¹⁰ Artículo 2 del Primer Protocolo del Convenio de Roma relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia.

¹¹ Apartados 43 y 44 de la Sentencia.

¹² Apartado 48 y STJUE de 16 de abril de 2015, *Lutz*, C-557/13, EU:C:2015:227, apartado 46. *Vid.* C. THOLE, “Die Einrede des Anfechtungsgegners gmäss Art. 16 EuInsVO 2017 (Art. 13 EuInsVO 2002) zwischen lex causae und lex fori concursus”, *IPRax*, 2018, pp. 388-392, esp. p. 389.

terminación de la internacionalidad del contrato que pueda hacerse por el Reglamento “Roma I”. Este desplazamiento se hace, además, con vehemencia por parte del Tribunal, pues se recalca que la cuestión debe examinarse “únicamente” a la luz del Reglamento europeo de insolvencia¹³.

Lo curioso del caso es que todo este razonamiento se hace para después concluir que el Reglamento europeo de insolvencia guarda silencio sobre cómo delimitar si un contrato es nacional o internacional. De ese silencio cabe deducir, según el Tribunal, que el artículo 13 (nuevo 16) es aplicable cuando todos los elementos se localizan en un Estado y se elige la ley de otro Estado¹⁴. Llevado al supuesto, esto significa que el pago controvertido no es atacable si así lo dispone el Derecho inglés elegido.

B) Antítesis a favor del Reglamento “Roma I”

5. A diferencia de la solución de la Sentencia, la ley del contrato, y su carácter internacional o no, deberían haberse determinado conforme al Reglamento “Roma I”, al que remite tácitamente el Reglamento europeo de insolvencia. De esta forma, habría una solución clara y sencilla para el supuesto en cuestión¹⁵. Así, si todos los elementos pertinentes del contrato se localizan en un Estado, la elección de ley no afecta a las normas no derogables por acuerdo del Derecho de ese Estado, como sería el caso de las normas sobre acciones revocatorias concursales. Al contrario, si conforme al Reglamento “Roma I”, existe algún elemento extranjero relevante en el contrato, este se calificaría como internacional, y no como interno, y la elección de ley sería totalmente eficaz. Lamentablemente, al desplazar el Tribunal al Reglamento “Roma I”, la Sentencia no entra en este aspecto. No obstante, cabría apuntar que la internacionalidad del contrato para aplicar el citado Reglamento “Roma I” debería estar en algún elemento distinto de la voluntad las partes. O sea, que no sea simplemente la elección de un arbitraje extranjero, la redacción del contrato en idioma extranjero, o la mera alusión en el contrato a la “posibilidad” de transportar la mercancía por aguas territoriales de otro Estado¹⁶. Al contrario, comprobado que los contratantes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, tendría muchísima importancia si la prestación del transporte es efectivamente internacional, aspecto en el que la Sentencia no entra¹⁷.

6. Sea como fuere, la solución de la Sentencia desplazando al Reglamento “Roma I” no es convincente porque existe un afán excesivo de destacar el particularismo del concurso, como se tratará de analizar a la luz de cuatro argumentos: de practicidad, de finalidad de la norma, de aplicación judicial y de sistemática del Derecho de la UE.

- i) Atendiendo a un argumento de practicidad, el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia no da ningún indicio sobre esta cuestión de la internacionalidad del acto, más allá de lo que se deduce de los preámbulos sobre que el Reglamento contiene normas de conflicto, aplicables, por tanto, en situaciones internacionales¹⁸. El esfuerzo del Tribunal, aunque loable, es en balde. Si el Reglamento europeo de insolvencia, que no resuelve el problema, remite a otro instrumento, el Reglamento “Roma I”, que sí lo resuelve, no se entiende por qué no aplicar este. Del mismo modo, si la inmunidad se rige por la ley del acto internacional, el Reglamento encargado de determinar esta ley, el Reglamento “Roma I”, debe regular el concepto de internacionalidad.
- ii) De acuerdo con la finalidad de la norma, la interpretación especial concursal, aparte de resultar más compleja, no es ni mucho menos el objetivo del propio Reglamento europeo

¹³ Apartado 49.

¹⁴ Apartado 50.

¹⁵ Artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”.

¹⁶ Vid. el apartado 145 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, donde se analiza que el beneficiado basó la internacionalidad en la estipulación de “una cláusula contractual que permite utilizar un buque en las aguas territoriales de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio se haya celebrado el contrato y en el que las partes tienen su domicilio social”. Nada de ello merece atención por el Tribunal. A mi juicio, la mera mención en un contrato de esta posibilidad no es suficiente para la consideración internacional del contrato, pero sí la verdadera intención de realizar un trayecto internacional.

¹⁷ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 6.

¹⁸ Apartado 47 de la Sentencia.

de insolvencia. Al contrario, el recurso al Reglamento “Roma I”, además de resultar más sencillo, responde al propio objetivo del Derecho concursal. El Reglamento de insolvencia regula, por así decir, la situación concursal pero, en este caso, quiere tener en cuenta la situación al margen de concurso. Esa situación extraconcursal no debe pasarse, pues, por el filtro del Derecho concursal. De hecho, el precepto concursal analizado nació precisamente para proteger las expectativas del tercero generadas en el tráfico comercial al margen del concurso¹⁹. Razón de más para no hacer una interpretación especial concursal y para no caer en la artificiosidad de distinguir entre situaciones extraconcursoales “ordinarias” y situaciones extraconcursoales “en el marco de un procedimiento de insolvencia”. De hecho, la Sentencia conlleva un alto grado de inseguridad: podría ser que la ley elegida tuviera una eficacia distinta en situaciones extraconcursoales ordinarias (Reglamento “Roma I”) y en situaciones extraconcursoales en el contexto del concurso (Reglamento de insolvencia según la interpretación de la Sentencia). Y esta situación no tiene sentido. El Reglamento europeo de insolvencia puede optar entre la ley concursal y la ley del contrato, pero no parece lógico que establezca cómo se determina la ley del contrato, ni siquiera a los efectos de la insolvencia. Bastará constatar este razonamiento a la luz del caso concreto. El contrato, en una situación extraconcursal del Reglamento “Roma I”, se rige por la ley inglesa elegida respetando las normas de acciones revocatorias de Derecho italiano por ser normas imperativas no derogables por acuerdo. Sin embargo, en una situación extraconcursal, pero en el marco del concurso, de acuerdo con el Tribunal, el contrato se rige por la ley inglesa, sin necesidad de respetar las normas italianas no derogables por acuerdo. El Tribunal duplica de un modo absurdo el régimen contractual. Además, incomprensiblemente, da más libertad a los contratantes una vez abierto el concurso (total autonomía conflictual), precisamente cuando hay terceros perjudicados. Se reduce esta libertad cuando no hay concurso (autonomía material con respeto a las normas imperativas), paradójicamente cuando no tiene por qué haber terceros perjudicados.

- iii) Lo expuesto se corrobora desde un argumento del razonamiento judicial, pues conviene distinguir entre norma de remisión y ley referenciada. El artículo 13 (nuevo 16) es una norma de remisión a la ley del acto, la ley referenciada. Cómo se determine esa ley es una cuestión ya ajena al Derecho concursal, una cuestión regulada por el Reglamento “Roma I”²⁰. Y la cuestión de la internacionalidad o no del acto afecta a la determinación de la ley de dicho acto, a la ley referenciada, pero no a la norma de remisión²¹.
- iv) Aparte del práctico, del finalista y del procesal, existe un cuarto argumento de interés: la propia sistematicidad del Derecho de la UE. El Tribunal obvia que se trata de coordinar dos normas europeas, el Reglamento de insolvencia y el Reglamento de contratos. Así pues, la perspectiva debe ser otra: la coherencia entre ambos instrumentos²². Y esta coherencia se sacrifica por el Tribunal con base en una especialidad del Derecho concursal, que en este precepto no es tal. Es más, lo que pretende ese precepto especial es dar entrada al régimen general de los actos, incluso para cuestiones en principio excluidas del Reglamento “Roma I” como las acciones concursales de reintegración²³. Cabe reconocer que en otros casos el Tribunal ha forzado la interpretación especial concursal porque se trataba de coordinar el

¹⁹ Vid. el Informe de M. VIRGÓS SORIANO/ E. SCHMIT al Convenio sobre procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995, § 138 (https://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/Legislation/Virgos-Schmit-Report.pdf), cuya regulación es equivalente a la del actual Reglamento. En la doctrina, *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Thomson/Civitas, 2003, p. 135; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 139.

²⁰ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/R. ARENAS GARCÍA/P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 621.

²¹ Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 7. Destaca este autor lo contradictorio que resulta que el Reglamento europeo de insolvencia admita la elección de ley conforme al artículo 3.1 del Reglamento “Roma I”, para luego vetar la aplicación del artículo 3.3 del mismo Reglamento.

²² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 70 (2018-2), pp. 17-47, esp. pp. 21 y ss.

²³ Vid. los apartados 165 y 166 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

Derecho de la UE con Derechos estatales y, en este sentido, el Tribunal suele inclinarse a favor de la interpretación uniforme. Pero este no es el caso, porque ya se interprete el Reglamento europeo de insolvencia, ya el Reglamento “Roma I”, se está afinando el sistema europeo sin dar ninguna entrada a los Derechos de Estados miembros²⁴.

2. Una construcción más acertada: la alteración fraudulenta de la ley aplicable

A) Supliendo el silencio normativo

7. El discutible planteamiento del Tribunal de Justicia a favor de la inmunidad del pago controvertido al margen de lo que disponga el Reglamento “Roma I” se corrige *a posteriori* y de una forma más acertada. En efecto, la aplicación de la ley rectora del contrato *ex* artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia puede descartarse si se observa un ánimo fraudulento o abusivo de “*sustraer el contrato*” a la aplicación de la ley del concurso.

Se trata de una conclusión muy acertada, aunque no excesivamente elaborada. De hecho, no se distingue entre abuso y fraude. Quizá la alusión al abuso se dirija al ejercicio de un derecho sobrepasando sus límites razonables, y la alusión al fraude, a la elusión de la aplicación de una norma por invocación de otra. Esta construcción puede tener su potencial en varios niveles más allá del caso: en un plano concursal y en un plano general extraconcursal.

8. En un plano concursal, el artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia que garantiza la inmunidad del acto al concurso había sido objeto de muchas críticas. Básicamente se reprochaba que era la cobertura ideal para huir de la masa concursal. Las partes que quería defraudar a la masa podían pactar qué ley regía el fraude de acreedores concursal, a diferencia de si se aplicaba la ley del concurso, que no puede ser alterada por voluntad de las partes implicadas²⁵. A partir de este dato, con un buen asesoramiento jurídico, era fácil conseguir la inmunidad del acto para que un determinado activo no se integrara en la masa concursal. De hecho, se había destacado la conveniencia de eliminar este precepto en la refundición del Reglamento europeo de insolvencia (nuevo artículo 16), aunque finalmente no ha ocurrido así²⁶. Pues bien, gracias a la construcción del Tribunal de Justicia, por lo menos se ha conseguido reducir el ámbito de aplicación de la ley del acto, más proclive a la inmunidad, y ampliar el ámbito de la ley del concurso, que no permite a las partes buscar la inmunidad del acto. En términos clásicos de teoría conflictual, mientras que la norma de conflicto basada en la ley del concurso mantiene cierta neutralidad en cuanto al resultado, la aplicación de la ley del contrato ya se orienta materialmente a un resultado, a saber: la inmunidad de este contrato²⁷. Y se orienta a favorecer el blindaje del contrato por una doble vía. Primera, permitiendo que las partes elijan la ley que más les interese frente a los acreedores del concurso. Segunda, estableciendo normas de conflicto con puntos de conexión cumulativos, pues, en la práctica, la revocación de actos perjudiciales a la masa tiene que estar prevista conjuntamente por dos leyes, la ley del contrato y la ley del concurso²⁸. Ello aumenta la probabilidad de que el acto sea inmune.

9. La construcción citada del Tribunal puede tener un potencial mayor para todo el Derecho internacional privado de la UE, y no solo el concursal, pues, aunque rudimentaria, parece empezar a

²⁴ Es verdad, también, que como ya se indicó en la introducción, había un problema procesal de forma que, mientras que era admisible la cuestión prejudicial sobre el Reglamento europeo de insolvencia, no lo era sobre el Convenio de Roma de 1980. Pero este condicionante que fuerza al Tribunal a inclinarse por una interpretación concursal no puede eliminar un objetivo tan importante en el Derecho de la UE, como el de la coherencia entre sus propias normas.

²⁵ Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, *op. cit.*, pp. 221-225; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2010, p. 107.

²⁶ Vid., por ejemplo, Grupo de Estudios Internacionales y Europeos de la Universidad Autónoma de Barcelona, “Proposals on the Reform of the Council Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings”, *ADCo*, nº 24, 2011, pp. 229-239, esp. p. 234.

²⁷ Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Divesification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *R. des C.*, t. 287, 2000, pp. 1-426, esp. pp. 322 y ss.

²⁸ Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/ R. ARENAS GARCÍA / P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 620.

tejerse una interpretación del fraude en normas de Derecho internacional privado. En el razonamiento del Tribunal se vislumbran dos posibles tipos de fraude:

- i) Fraude en la aplicación de las normas de conflicto. Existe una norma de conflicto de cobertura: el artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia, que remite a la ley inglesa. También concurre una norma de conflicto defraudada: el artículo 4 (nuevo 7), que remite a la ley italiana como ley del concurso y de la que intentan sustraerse las partes. Como consecuencia de la concurrencia de un fraude se aplicaría la norma defraudada y no la norma de cobertura: en el caso, la ley italiana. Así pues, el Tribunal comienza a suplir la ausencia de una regulación específica sobre el fraude de normas de conflicto en cada uno de los instrumentos de Derecho internacional privado y la carencia de un denominado reglamento “Roma 0” que regulara estas cuestiones.
- ii) Alteración fraudulenta del punto de conexión. Si no se negara la aplicación del artículo 13 (nuevo 16), quedaría por determinar cómo se aplica este y se determina la ley rectora del contrato. En efecto, la actuación de las partes parece buscar alterar el punto de conexión. En cierto modo, aquí podrían concurrir tanto abuso de derecho como fraude: abuso, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir la ley inglesa; fraude, en la elusión de las normas imperativas italianas.

La delimitación de esta tipología no es menor por una razón ya antes apuntada. El Reglamento europeo de insolvencia debe centrarse en evitar el fraude en la aplicación de sus normas (fraude tipo 1). Pero no le compete evitar el fraude en la determinación de la ley del contrato (fraude tipo 2). Esto ya corresponde al Reglamento “Roma I” y a su artículo 3.3, que juega como una regla anti-fraude, cuando señala que la elección de ley no puede privar de la aplicación de toda norma imperativa del Estado al que se vincula íntegramente el contrato.

B) Proyección práctica de la construcción

10. Expuesta la construcción teórica del Tribunal, la cuestión es cómo detectar una práctica abusiva o fraudulenta, para lo cual se exigen dos elementos concurrentes: objetivo y subjetivo²⁹. El elemento objetivo es la distorsión del fin perseguido por la norma; el elemento subjetivo es la intención de conseguir una ventaja indebida. *A sensu contrario*, la intención fraudulenta no sería sancionable si se respeta el fin perseguido por la norma. Al tiempo, un fin distinto al previsto por la norma tampoco es sancionable si no existía ánimo de obtener una ventaja indebida³⁰.

Aplicado al caso, el elemento subjetivo sería la intención de los contratantes de conseguir una ventaja indebida, la inmunidad del pago, frente a la masa concursal de acreedores. El elemento objetivo sería conculcar el fin del artículo 13 del Reglamento europeo de insolvencia: la confianza legítima de las partes en la aplicación de la ley del contrato³¹. Podría decirse que en esos casos la confianza de los contratantes pasa de ser legítima a ser ilegítima. Y esta ilegitimidad se constata si las partes, más que la intención “positiva” de someter el contrato a la ley inglesa, tienen la intención “negativa” de sustraer ese contrato a la ley italiana rectora del concurso.

En cualquier caso, hay un prejuicio peligroso en la construcción del Tribunal: dar por hecho que las partes, cuando eligen la ley al contrato, están motivadas por la idea de huir de la ley rectora del concurso, cuando, a decir verdad, en ese momento no hay concurso. ¿Significa, entonces, que debe haber cierta previsibilidad o conocimiento de una futura situación de insolvencia cuando se elige ley en el contrato? Se trata de un aspecto que el Tribunal ignora, pero que necesariamente se deduce de su razonamiento. La prueba de que se pretende huir de la ley del concurso es que se conozca que existe una probabilidad razonable de declararse en insolvencia. Y esa probabilidad razonable debe estar en el momento de elección de ley, en el caso, en el momento de celebración del contrato, no en el momento posterior de cumplimiento

²⁹ Apartado 52.

³⁰ STJUE de 28 de julio de 2016, *Kratzer*, C 423/15, EU:C:2016:604, apartados 38 a 40.

³¹ Apartado 54.

del contrato conforme a la ley elegida³². La cuestión, aunque omitida por el Tribunal, no era menor en el caso, porque entre la firma del contrato y el pago controvertido transcurre un año³³.

11. Las dificultades de esta teoría es su aplicación práctica por el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Para paliar estos obstáculos, el Tribunal da un indicio interesante pero insuficiente: el “*carácter puramente artificial de las operaciones de que se trate*”³⁴. Antes de entrar en la valoración de este criterio, conviene hacer una precisión: será indistinto que lo artificial sea la operación de pago o el contrato del que deriva. Este aspecto es interesante porque no cabe duda de que el pago conforme a la ley inglesa es correcto porque se está ejecutando el contrato sometido a la ley inglesa. La artificiosidad es indirecta: deriva de una cláusula originaria del contrato, no de la ejecución de este.

12. Aclarado esto, la meritoria intención del Tribunal de ofrecer un parámetro de abuso o fraude basado en “actos artificiosos” acaba siendo poco útil, por cuanto se realiza una interpretación muy restrictiva. Siguiendo el criterio de la Comisión, el Tribunal entiende que la elección de una ley de un Estado distinto al Estado en el que las partes están establecidas no crea ninguna presunción en torno a la artificiosidad de la operación y a la voluntad de eludir de modo fraudulento o abusivo las disposiciones en materia de insolvencia³⁵.

Discrepo de esta afirmación por dos razones: una de fondo, y otra sistemática. De fondo, es razonable pensar que si, en un contrato íntegramente vinculado a un Estado, las partes se someten a una ley extranjera, existe un mínimo de “artificiosidad”. Debería invertirse ya la carga de la prueba. No en vano, se aplican unas normas que no cabría prever que rigieran el contrato, en términos estadísticos, porque el centro de gravedad de este contrato no internacional se halla íntegramente en otro Estado. Además, desde una perspectiva sistemática, el Tribunal, al prever que la elección de una ley distinta no es un indicio de artificiosidad, sigue alejándose cada vez más de una interpretación coherente con el artículo 3.3 del Reglamento “Roma I”, que debería ser la clave del sistema: la elección de ley no puede derogar las normas imperativas del Estado al que se vincula íntegramente el contrato³⁶.

III. Tramitación procesal de la inmunidad del pago controvertido

1. Un principio desenfocado: la tramitación conforme a la ley del foro

A) Aspectos positivos

13. Como ya se ha señalado, la ley del concurso que revoque el acto no se aplica si el beneficiario prueba que este acto está sujeto a la ley de otro Estado miembro que no permite tal impugnación. En el caso, la ley italiana no puede invocarse para anular los pagos controvertidos si el beneficiario prueba que la ley inglesa los inmuniza.

Hay en esta norma algún indicio sobre la tramitación procesal de esta excepción, básicamente, la prueba de ello por parte del beneficiario. Pero más allá de este aspecto, no existe una regulación procesal completa. Por ello, el Tribunal, con buen criterio, entiende que los aspectos procesales de esta oposición

³² Apartados 128 y siguientes de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

³³ Apartados 11 y 12 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar.

³⁴ Apartado 53.

³⁵ Apartado 55.

³⁶ *Vid.* C. THOLE, *loc. cit.*, p. 389. Las críticas vertidas al razonamiento del Tribunal no significan que toda elección de ley que dé inmunidad al contrato y bloquee las acciones revocatorias sea artificial. Solo que deben estar vinculadas a una elección de ley que responda a los estándares del comercio internacional. Por ejemplo, si una empresa de un Estado A contrata con otra empresa de un Estado B y eligen la ley C, que inmuniza el contrato, el hecho de elegir esta ley C, no vinculada a los elementos del contrato, es habitual en términos cuantitativos y puede responder a múltiples intereses, como la elección de una ley neutral y ajena a ambas partes. No habría aquí indicio de artificiosidad, pero porque estaríamos en un contrato internacional y no en un contrato interno, como ocurre en el caso.

deben regularse por la ley del juez que esté conociendo del asunto con fundamento en el principio de autonomía procesal³⁷.

Ciertamente, la ley procesal interna determina la forma y plazo de plantear la oposición a la revocación³⁸. Esta ley determinará si debe hacerse en el escrito de contestación o en un momento posterior³⁹. También si el hecho de no plantear estas excepciones procesales y materiales implican su preclusión (caducidad, en palabras del Tribunal). Por último, esa ley interna establece si el planteamiento de las excepciones en un momento inicial es compatible con una posterior concreción o modificación de las pretensiones en comparecencias o vistas posteriores⁴⁰.

14. La cuestión es más complicada a la hora de determinar el régimen de la prueba de la inmunidad del acto. En este aspecto, en la Sentencia se observan luces y sombras. Luces porque se acierta en remitir ciertas cuestiones a la ley procesal nacional⁴¹. Estas serían los medios de prueba admisibles sobre los que el Reglamento europeo de insolvencia no dispone nada. En este caso, son de vital importancia la prueba documental del contenido del Derecho extranjero y la pericial, así como las modalidades de práctica de la prueba, en la forma admitida por Derecho italiano, por la que un abogado experto en Derecho inglés concluye que el acto es inmune⁴².

B) Algunas sombras

15. Aparte de los aspectos positivos antes mencionados, algunos planteamientos son más dudosos. Así, no es del todo convincente la afirmación del Tribunal según la cual la ley procesal interna determina la apreciación de la fuerza probatoria y su convencimiento sobre los elementos de prueba. O, dicho de otro modo, la norma europea exige probar la inmunidad, pero cuándo se entiende probada queda en la esfera del Derecho procesal interno. El Tribunal debería haber hecho un esfuerzo por construir una interpretación uniforme en torno a la apreciación de la fuerza probatoria; no vaya a ser que los distintos criterios de apreciación de la fuerza probatoria de las leyes nacionales perjudiquen el efecto útil de la prueba de la inmunidad.

16. Al margen de este matiz, o incluso *desideratum*, el aspecto más discutible es que el Tribunal considera que la ley procesal nacional determina cuándo el órgano jurisdiccional “*puede aplicar de oficio*” el artículo 13 del Reglamento⁴³. No queda muy claro el sentido del término utilizado. En una primera acepción, podría entenderse que el Tribunal se está refiriendo a la aplicación de oficio de la norma de conflicto, constanding elementos de prueba suficiente de la *lex causae*⁴⁴. Por otro, en una segunda acepción, que no parece la que quería formular el Tribunal, cabría entenderse como una alusión a la prueba de oficio del Derecho extranjero y, con ello, de la inmunidad del acto. En cualquiera de las dos acepciones, la afirmación es discutible.

En la primera acepción, la aplicación de oficio de una norma de conflicto de la UE en modo alguno debe depender de la ley procesal interna. La aplicación de oficio es inherente a la eficacia y primacía del Derecho de la UE. Solo hay una excepción, que este mismo ordenamiento europeo disponga otra cosa y esto es precisamente lo que ocurre en el caso. En el Reglamento, esta norma debe jugar a

³⁷ STJUE de 15 de octubre de 2015, *Nike European Operations Netherlands*, C-310/14, EU:C:2015:690, apartado 28.

³⁸ Apartado 32 de la Sentencia.

³⁹ En el caso que nos ocupa, parece que el artículo 167 del Código procesal civil italiano exigía presentar la excepción en la contestación.

⁴⁰ En el caso que nos ocupa el artículo 183 del Código procesal civil italiano permitía precisar y modificar las pretensiones en la vista fijada para la primera comparecencia.

⁴¹ Apartado 25 de la Sentencia y STJUE de 15 de octubre de 2015, *cit.*, en el asunto *Nike European Operations Netherlands*, apartado 27.

⁴² Repárese, no obstante, en que la prueba de la inmunidad no debe conducir a una imposible prueba de hechos negativos, *cf.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *op. cit.*, p. 273.

⁴³ Apartado 27.

⁴⁴ De acuerdo con el apartado 40 de las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar, parece ser que en realidad el conflicto se basaba en una situación extraña en la que el beneficiario sí aportaba los elementos de prueba al respecto conforme a la ley del contrato, pero no había activado la excepción procesal correspondiente para invocar la norma de conflicto.

instancia de parte, del tercero beneficiario⁴⁵. No en vano, la norma de conflicto a favor de la inmunidad se concibe como una oposición o una excepción de la parte⁴⁶. No debería haber lugar para aplicar la ley procesal interna en este punto.

Igualmente erróneo sería la segunda acepción del argumento del Tribunal, esto es: afirmar que la ley interna puede establecer la prueba de oficio de la inmunidad conforme a un Derecho extranjero. La remisión a la ley nacional implica una grave alteración del mandato de la norma europea. Cuando esta establece que el tercero beneficiario “*pruebe*” (*sic*) la inmunidad, está haciendo una unificación europea en sentido positivo, por lo que dice, y en sentido negativo, por lo que excluye. En sentido positivo, y de forma pacífica, se unifica un derecho europeo de que el beneficiario puede hacer la prueba. Pero, también, en sentido negativo, se unifica que ese derecho es excluyente y que nadie distinto al beneficiario del acto (o a lo sumo, parte subrogada) probará esa inmunidad⁴⁷. Por tanto, a diferencia de lo apuntado por el Tribunal, esa inmunidad no puede jugar de oficio por el juez que no puede invocar la ley rectora del acto, incluso aunque tuviera conocimiento de esa inmunidad.

17. Esta carga procesal para el beneficiario, además de resolver bastantes problemas sobre la controvertida prueba del Derecho extranjero, tiene también una justificación de fondo. Si el beneficiario no alega una mínima prueba de la ley rectora del acto, podría entenderse que existe una negligencia procesal extrema. Si ni siquiera alega la ley extranjera conforme a la norma de conflicto correspondiente, existiría una aceptación tácita de la ley del concurso, cuya aplicación pasaría a ser totalmente imputable al beneficiario⁴⁸.

2. Unas excepciones necesarias pero insuficientes

A) Excepciones procesales a favor de la ley del contrato

18. En la remisión a la ley procesal del foro para la tramitación de la inmunidad del acto, el Tribunal hace algunas excepciones⁴⁹. La primera es la relativa a la caducidad y prescripción de la acción revocatoria, que es una forma de conseguir la inmunidad del acto, y que se rige por la ley del fondo. El Tribunal establece dos dimensiones de los plazos: el primero, regido por la ley rectora del acto, relativo a la prescripción o caducidad del ejercicio de la acción revocatoria; el segundo, regulado por la ley procesal, relativo al periodo del que dispone el beneficiario del acto para alegar dicha inmunidad por prescripción o caducidad. En efecto, ya se ha señalado que el plazo para ejercitar la excepción sobre la inmunidad se determina por la ley procesal del foro. Pero ello no debe confundirse con una cuestión previa, distinta y autónoma, y es que precisamente pueda afirmarse esa inmunidad porque las acciones están prescritas. Esta cuestión ya se rige por la ley rectora del fondo, que determina la inmunidad de este, ya sea por razones sustantivas, ya por razones procesales. El Tribunal había considerado en una Sentencia anterior que la inmunidad puede derivar de que, según la ley del acto, la acción revocatoria esté prescrita o caducada⁵⁰. El argumento es correcto porque los plazos para el ejercicio de un derecho relacionado con un acto jurídico están muy vinculados a dicho acto jurídico y, por tanto, a la ley rectora del fondo⁵¹.

⁴⁵ Cf. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 136; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 138; L. Carballo Piñeiro, *op. cit.*, pp. 272-275.

⁴⁶ Coincido con los apartados 42 y siguientes las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar. Esta oposición se ha llegado a calificar como un “veto”, cf. M. VIRGÓS SORIANO / F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁷ Cf. el Informe de M. VIRGÓS SORIANO / E. SCHMIT, *cit.*, § 136.

⁴⁸ En este contexto, a mi juicio, la remisión del Tribunal a la ley procesal interna para la prueba de oficio debería reconsiderarse y circunscribirse a casos en los que el beneficiario alega la norma de conflicto y la inmunidad del acto, además de presentar un principio de prueba de un Derecho extranjero, pero no hace una prueba completa para el tribunal. En ese caso, y no en otros y de forma tan amplia como hace el Tribunal, sí que podría admitirse cierto complemento de una prueba que, aunque no completa, sí ha sido razonable y no negligente. De esta forma se preservaría el efecto útil de la regulación. Pero nótese que la propuesta que aquí se hace es en clave, no de remisión a la ley nacional, como hace el Tribunal, sino en clave de interpretación uniforme favorable a completar un principio de prueba de la parte.

⁴⁹ *Vid.*, en detalle, C. THOLE, *loc. cit.*, p. 389.

⁵⁰ STJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto ya citado *Lutz*.

⁵¹ *Vid.*, de hecho, el propio artículo 12.1.d) del Reglamento “Roma I” remitiendo a la ley del contrato la regulación de la prescripción y la caducidad. En la doctrina, *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, *op. cit.*, pp. 105-106.

B) Excepciones procesales por el Derecho de la UE

19. La segunda excepción a la remisión a la ley procesal está relacionada con los límites del Derecho de la UE⁵². En particular, debe respetarse el principio de equivalencia y no discriminación, de forma que la tramitación procesal de esta excepción europea no puede ser más gravosa que las puramente internas, ni dejar en condiciones peores a quien la ejerce respecto de intervinientes en dichas excepciones internas.

Además del principio de equivalencia, deben respetarse el de efectividad y el de preservación del efecto útil del Derecho de la UE. Ninguna legislación procesal interna puede hacer en la práctica ineficaz la regulación del Derecho de la UE. Esta ineficacia tiene dos modalidades: imposibilidad práctica del ejercicio de la excepción europea si, por ejemplo, la ley procesal no prevé cauce procesal alguno para plantear la inmunidad del acto; o excesiva dificultad en el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento de la UE. Esta última modalidad aparece destinada en la Sentencia a derechos de los consumidores. No queda claro, pues, si la cita del Tribunal es meramente retórica y al margen del caso que afecta a dos empresas, o si el Tribunal está intentando proteger el efecto útil de la normativa, aun cuando el titular de estos derechos sea un profesional con una posición jurídica y económica adecuada para asumir esa complejidad.

Sea como fuere, este límite del principio de equivalencia, formulado en abstracto, debería a mi juicio haber sido aplicado a una cuestión ya previamente señalada: la posibilidad de aplicación de oficio del artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia, si lo establece la ley procesal interna. Hay en esa remisión una pérdida del efecto útil de la norma. Se trata de proteger la seguridad jurídica del tercero beneficiario, pero este puede renunciar a esa inmunidad ya intencionadamente, ya por una negligencia procesal grave al obviar el planteamiento de la excepción. Que el órgano jurisdiccional supla esta omisión de oficio lo coloca en garante de un objetivo contrario al efecto útil de la regulación: suplir la negligencia grave o la voluntad del tercero y actuar en contra de la colectividad de acreedores.

Así pues, el planteamiento del Tribunal sobre la aplicación de oficio del artículo 13 (nuevo 16) del Reglamento europeo de insolvencia debería haber ido por otros derroteros, básicamente la posible invocación tácita de la norma de conflicto por la parte y una graduación de su negligencia. Las conclusiones del Abogado General son muy interesantes en este punto⁵³. Si el Tribunal asume que el beneficiario probó la inmunidad de los pagos conforme al Derecho inglés, es que tácitamente la parte estaba invocando la norma de conflicto, aunque no lo hiciera por el cauce procesal adecuado. Entonces, podría observarse una negligencia procesal leve que no debería tener por efecto privar al beneficiario de la aplicación de la ley inglesa.

IV. Valoración

20. En el ámbito de la ley aplicable, en el razonamiento de la Sentencia hay un mal inicio y una buena conclusión: una mala salida por la ruptura entre Reglamento europeo de insolvencia y Reglamento “Roma I”; una mejor llegada por los correctivos basados en la prevención del fraude y del abuso. En efecto, como punto de partida, el Reglamento europeo de insolvencia debe decidir si se aplica la ley del concurso o la ley del contrato, pero no debe influir, a diferencia de lo que señala el Tribunal, en cómo determinar la ley del contrato. Parece dudoso tener una interpretación de la ley del contrato en el concurso y otra fuera de él. También es cuestionable admitir la autonomía conflictual en el concurso y no fuera de él, donde solo cabe la autonomía material. Y todavía más incomprensible resulta que el contrato se rija por la ley inglesa en función de normas concursales y por la ley italiana (por lo menos, en lo que respecta a sus normas no derogables por acuerdo), en función de las normas extraconcursoales.

Estas debilidades estructurales de la Sentencia se atenúan por la construcción en torno a que nada de lo dispuesto debe amparar el fraude de ley o el abuso de derecho. De un modo un tanto dubitati-

⁵² Apartado 26. *Id.*, también, STJUE de 15 de octubre de 2015, en el caso ya citado *Nike European Operations Netherlands*, apartado 28.

⁵³ *Cf.* apartado 48.

vo y no muy elaborado, el Tribunal impide que las partes puedan elegir una ley con el único objetivo de hacer inmune el contrato frente a la masa concursal. Esta interpretación tendrá un impacto positivo en la interpretación del Reglamento y de su artículo 13 (nuevo 16), muy criticados porque eran la cobertura ideal para eludir patrimonio del concurso eligiendo una ley del contrato que lo hiciera inmune.

21. En el tratamiento procesal de la cuestión, la situación se invierte: hay un buen inicio pero una peor conclusión. Una buena salida porque parece oportuno que la ley rectora del proceso determine toda la tramitación de la excepción procesal a favor de la inmunidad del acto en todo lo que no se deduzca del Reglamento europeo de insolvencia. Una mala llegada porque sí hay aspectos tratados en el Reglamento y que, por tanto, no pueden ser alterados por la ley estatal. Así, cuando el Reglamento europeo establece que el tercero beneficiario puede probar la inmunidad, está haciendo una unificación de máximos. El tercero tiene derecho a excepcionar esa inmunidad, pero nadie más puede hacerlo. Y menos el juez de oficio, paradójicamente, en contra de los intereses de la colectividad de acreedores.